

LA DETENCION A LOS SOLOS EFECTOS DE IDENTIFICACION PERSONAL PREVISTA EN EL ARTICULO 20 DEL PROYECTO DE LEY ORGANICA SOBRE PROTECCION DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

José María Asencio Mellado

*Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad de Alicante.*



A STC 98/1986, de 10 de julio, estableció expresamente lo siguiente: "... debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopta en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad..."

Con ocasión del debate público generado acerca de la discusión sobre el Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana, tanto políticos como juristas han

querido ver y sobre su base afirmar que esta resolución de nuestro Tribunal Constitucional impide la posibilidad de privaciones de libertad legítimas y, por ello, constitucionales, distintas de la clásica detención cautelar a que se refiere y regula minuciosamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De acuerdo con esta opinión, únicamente sería posible la restricción de la libertad de una persona en atención a los presupuestos que justifican la adopción de la medida cautelar de detención, esto es, una imputación delictiva y concreta (*fumus boni iuris*), y un específico peligro de fuga o evasión del proceso penal ya en marcha o que, necesariamente, debe incoarse (*periculum in mora*); del mismo modo, toda detención o privación de libertad en sentido más amplio debe estar preordenada al cumplimiento de los fines propios de dichas medidas cautelares como lo son el aseguramiento del proceso y el de la futura y previsible sentencia condenatoria que en su día se dicte.

En consonancia con todas estas afirmaciones o consecuencias lógicas que deben extraerse de las mismas, se termina concluyendo que el artículo 17 de la Constitución, al garantizar el derecho a la libertad personal, sólo permite su restricción si lo es a través de la adopción de esta concreta y específica medida de la detención cautelar.

A nuestro juicio, y por las razones que a continuación se van a exponer, este conjunto de afirmaciones ni son del todo punto ciertas, ni han de poder ser extraídas de la expresada sentencia del Tribunal Constitucional. Tal sentencia ha de situarse en su contexto preciso y en relación con el específico tema que se sometió a la consideración del Tribunal, y que no es otro que la viabilidad de la retención policial, la cual, efectivamente, ni la admitió el Tribunal Constitucional, ni es posible con la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, ni la legitima el Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana. Concurriendo los presupuestos que exigen la adopción de la detención cautelar es ésta la medida que debe adoptarse con todos sus elementos, régimen de ejecución y derechos que asisten al sujeto pasivo —imputado en este caso—.

Nada más se deriva de la lectura de la sentencia 98/1986, de 10 de julio, del Tribunal Constitucional. Afirmar otra cosa puede dar lugar a paradojas que, indudablemente, no podían estar en la mente del Tribunal Constitucional cuando la redactó.

Y el hecho evidente de que el Tribunal Constitucional no pretendió llegar a las conclusiones obtenidas por sus glosadores viene dado por otra sentencia del máximo intérprete de la Constitución —curiosamente nunca citada en este debate—, en la cual, y posteriormente, estimó la legitimidad constitucional de privaciones de libertad, perfectamente acomodadas al ar-

título 17 de la CE, con fundamento administrativo y sin exigencias de concurrencia de imputación penal alguna.

En efecto, la sentencia 114/1987, de 7 de julio, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad planteado frente a diversos preceptos de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España —posteriormente, por tanto, a la que excluyó la viabilidad de la retención policial—, legitimó, al estimar constitucional el artículo 26 de dicha Ley, las detenciones o privaciones de libertad preventivas con fundamento en causas administrativas y, por tanto, sin sospecha delictiva alguna frente al sujeto pasivo de las mismas.

Como es perfectamente sabido, el artículo 26.2 de la conocida como “Ley de extranjería” autoriza a la autoridad gubernativa a detener preventivamente a los extranjeros, en tanto se sustancia el expediente de expulsión, por diversas causas, entre las que se hallan la de encontrarse ilegalmente en España (no tener permiso de residencia entre otros motivos), estar implicados en actividades contrarias al orden público, carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad, etc...

Con relación a este precepto que legitima privaciones de libertad sin base alguna penal, el Tribunal Constitucional ha declarado o concluido la siguiente doctrina:

- Por medio de Ley Orgánica es posible establecer causas de restricción o pérdida de libertad legítimas al amparo del artículo 17.1 de la CE.
- En tales casos, el fundamento y régimen de ejecución de la privación de libertad habrá de ser diferente al establecido respecto de las detenciones preventivas de carácter penal.
- Es necesario siempre un efectivo control judicial sobre dichas restricciones de la libertad, el cual no necesariamente ha de ser previo. A tal efecto, y siempre que no se superen las setenta y dos horas, se colma la exigencia constitucional con la protección que ofrece el *habeas corpus*; transcurrido ese plazo la puesta a disposición judicial debe ser inmediata.

En realidad, pues, y de la contraposición de las mencionadas resoluciones del Tribunal Constitucional se pueden afirmar que ni toda privación de libertad lícita se resuelve, ni puede hacerlo, en una detención cautelar, ni el artículo 17 de la CE es restringible únicamente por medio de dicha medida cautelar. Por el contrario, el legislador puede adoptar decisiones de otro tipo

siempre que se acomoden a la filosofía que inspira el Estado de Derecho sin que, por ello, padezca el artículo 17 de la Constitución.

Una vez expuesta la doctrina constitucional acerca del derecho a la libertad en relación exclusivamente con la legitimidad de privaciones de libertad no penales es conveniente exponer a continuación los argumentos que pueden ser de interés para justificar esta posición y, con ello, la constitucionalidad del artículo 20 del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana.

A nuestro juicio, dichos argumentos pueden ser agrupados en torno a cuatro grandes epígrafes: uno, la propia redacción y contenido del artículo 17 de la Constitución; otro, la realidad de nuestro ordenamiento jurídico observado en su generalidad; el tercero, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; el cuarto y último, y aunque lo sea a título indicativo, las normas de Derecho comparado que regulan supuestos semejantes al del artículo 20 del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana.

El artículo 17 de la Constitución Española

Pocos comentarios requieren este primer argumento habida cuenta la doctrina sentada por el TC en su sentencia 115/1987, de 7 de julio.

En efecto, el artículo 17.1 de la CE sanciona expresamente que la libertad personal sólo es restringible con “observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma *previstos en la ley*”.

El artículo 17.1 de la CE efectúa una doble remisión en lo relativo a la restricción de la libertad: por un lado, al mismo artículo 17 en su conjunto y, por otro lado, a los casos y la forma que se disponga en la ley, la cual no ha de ser necesariamente la de Enjuiciamiento Criminal.

Se requiere, pues, para el establecimiento de causas o motivos de privación o restricción de la libertad el debido respeto al principio de legalidad y su regulación específica por medio de la Ley Orgánica (art. 81 del TC). Cumplidos estos requisitos el legislador está facultado para establecer privaciones de libertad distintas a las penales a las que por su gravedad el propio artículo 17, en sus párrafos 2.º y 3.º, dedica especiales disposiciones. Puede el legislador obrar en el marco de la Constitución y sancionar “detenciones” en sentido amplio con fundamento civil, administrativo etc.

Si bien, como se ha dicho, los párrafos 2.º y 3.º del artículo 17 de la CE se contraen específicamente a la regulación de la detención y prisión

preventivas penales, ello no significa que dichas prescripciones no tengan ningún valor en relación con otras “detenciones” de carácter no punitivo. De este modo, el Tribunal Constitucional (S. 115/1987) aun reconociendo las diferencias sustanciales entre las diferentes “detenciones” que son susceptibles de acordarse al amparo del artículo 17 de la CE, ha estimado de aplicación la garantía del control jurisdiccional transcurridas las primeras setenta y dos horas, siendo así que dicho control se sanciona en el párrafo 2.º del artículo 17 de la CE y, específicamente, al regularse la detención preventiva por causas delictivas.

Pero el argumento más interesante para la justificación de la constitucionalidad de las restricciones o privaciones de libertad adoptadas al margen de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos lo ofrece el párrafo 4.º del mismo artículo 17 de la CE. En efecto, de todos es sabido que el procedimiento de *habeas corpus* se establece como medida de control judicial frente a “detenciones ilegales”. El término “detenidos ilegalmente” que utiliza la Constitución, sin embargo, no puede ser reconducido al del control judicial de la detención policial con base en sospechas delictivas. De haber sido así carecería de sentido la propia Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del *habeas corpus* y, más en concreto, su artículo primero que extiende tal procedimiento al control judicial de toda privación de libertad, sea o no cautelar penal, llevada a cabo por órganos distintos a la autoridad judicial.

Si se sigue afirmando que el artículo 17 de la CE no posibilita la adopción de otras medidas restrictivas o privativas de libertad distintas a la detención cautelar penal, se ha de producir el contrasentido de establecer un procedimiento legal de control judicial para una serie de supuestos que, en buena lógica no debían jamás producirse pues serían inconstitucionales. El artículo primero de la Ley de *habeas corpus* sólo habría de haberse referido al control de esta detención, dado que cualquier otra medida restrictiva de libertad estaría constitucionalmente vedada.

Por el contrario, la existencia del *habeas corpus* no viene a otra cosa que a consolidar la viabilidad de que por Ley Orgánica el legislador pueda sancionar distintos motivos de restricción o privación de la libertad, respecto de los cuales el ciudadano siempre estará legitimado, y desde el primer momento, para impetrar la protección judicial dado que en esta materia, como en cualquier otra relativa a los derechos fundamentales, es el Poder Judicial el máximo garante y sus decisiones son definitivas cualquiera que sea el fundamento —administrativo o penal—, de la limitación del derecho fundamental (STC 115/1987, de 7 de julio).

En resumen, la Constitución autoriza al legislador a establecer motivos o causas de restricción de libertad distintos a los que justifican la adopción de medidas cautelares siempre que exista un control judicial sobre las mismas y dicho control, de no ser expreso en la norma para cada supuesto, viene constituido por el *habeas corpus* que, desde el primer momento, sujeta el asunto a la autoridad judicial que decidirá con total libertad sobre la situación de pérdida de la libertad en atención a las circunstancias del caso y a la norma habilitante.

El ordenamiento jurídico español

Como se expuso anteriormente, la propia realidad de nuestro ordenamiento jurídico, visto en su generalidad y en todos sus órdenes, pone de manifiesto la existencia de privaciones o restricciones de libertad distintas a las que tienen su origen en la concurrencia de una sospecha delictiva y que no por ello han de ser consideradas ilícitas o contrarias al artículo 17 de la Constitución; antes al contrario, se trata de restricciones de la libertad perfectamente asumibles desde un punto de vista jurídico y aceptadas por las leyes materiales y los Juzgados y Tribunales.

No se va a realizar aquí, pues no es el objeto central del presente trabajo, una enumeración exhaustiva de dichas medidas limitativas de la libertad; lo que se pretende únicamente es la cita de alguna de ellas con el fin de mostrar su vigencia en orden a confirmar la viabilidad constitucional de las privaciones de libertad motivadas por causas distintas a las acogidas en el Código Penal.

Los ejemplos son de lo más variado. Se pueden citar desde el internamiento de enajenados mentales previsto y regulado en el Código Civil para lo cual no se exige la concurrencia en el sujeto pasivo de la privación de libertad de sospecha delictiva alguna —lo cual sería absurdo—; hasta el aislamiento de enfermos infecto-contagiosos a que hace referencia la Ley de Sanidad; y, por último —aunque existen más supuestos—, el internamiento preventivo de extranjeros en tanto se sustancia el expediente de expulsión de la denominada Ley de Extranjería a que ya anteriormente se ha hecho referencia.

Con base en estos supuestos, y de insistir en la idea preconizada por los detractores del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana de inexistencia de zonas intermedias entre la detención y la libertad y su interpretación de

dicha sentencia en el sentido de que no es posible, al amparo del artículo 17 de la Constitución, otra detención que la propia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no cabe duda de que las antes mencionadas privaciones de libertad serían inadmisibles.

De insistirse en este argumento, y en buena lógica, el mismo debe ser extendido a todos los supuestos similares, y no parece que el Tribunal Constitucional estuviera pensando al dictar la sentencia 98/1986, de 10 de julio, en esta posibilidad, sino únicamente —reiteramos— en la prohibición de la medida de retención policial, medida ésta que el Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana ni contempla, ni legítima.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas

La regulación realizada por los textos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos ratificados por España goza de una especial relevancia en nuestro ordenamiento jurídico y no sólo por el valor de los Tratados internacionales en general, sino, más específicamente, por la declaración que efectúa el artículo 10 de nuestra Constitución que impone que los derechos fundamentales y libertades públicas habrán de ser interpretados a la luz de dichos textos internacionales. Las normas, pues, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que realizan su hermenéutica proporcionan elementos suficientes y atendibles para la comprensión y admisión del artículo 20 del Proyecto de Ley que en este breve trabajo se aborda.

Como es sabido el artículo 5.º del precitado Convenio consagra el derecho a la libertad personal y, a su vez, y de manera expresa, sanciona los supuestos en que dicho derecho fundamental puede ser legítimamente restringido. Pues, bien, de tal regulación se pueden, en relación con el tema que nos ocupa, extraer dos conclusiones: una, que la libertad puede ser lícitamente privada o restringida en casos distintos a los meramente constituidos por la sospecha delictiva; otra, que el procedimiento de ejecución de las medidas restrictivas de la libertad, así como la forma que ha de revestir el control judicial, también son diferentes en cada uno de los grandes grupos de restricciones posibles, esto es, las que tienen por causa de una sospecha delictiva y que se encuentran preordenadas a un futuro proceso penal, y aquellas cuyo fundamento no es penal.

Nuestro Tribunal Constitucional ha sido consciente de esta realidad y en su sentencia 115/1987, de 7 de julio, remite, entre otras causas, la legitimación constitucional de la detención de extranjeros en tanto se dilucida su expulsión del territorio nacional, a la consagración de este motivo como habilitante para el acuerdo de la privación de libertad en el apartado f) del párrafo primero del artículo 5.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El mencionado artículo 5.º del Convenio y, junto a la detención cautelar penal prevista en el apartado c) de su párrafo primero, autoriza la detención en supuestos de lo más variado: cumplimiento de obligaciones legales siempre que éstas sean concretas y futuras (Caso Engel), la de menores para vigilar su educación, enfermos contagiosos, extranjeros con los fines arriba expuestos, enajenados mentales, alcohólicos, toxicómanos, etc. De una lectura de estas causas una conclusión se extrae sin ningún género de duda: es posible limitar la libertad sin menoscabo del derecho a la libertad personal fuera de los supuestos en que concurre una sospecha delictiva.

A su vez, la conducción de la persona privada de libertad ante la autoridad judicial con la finalidad de que se abra un proceso penal únicamente se establece respecto de los casos incluidos en el apartado e), esto es, aquellos constitutivos de detención cautelar penal. Por el contrario, y en el resto de supuestos dicha conducción y fin no está regulada bastando el control judicial difuso a que se contrae el párrafo 4.º de este artículo 5.º, control judicial equiparable a nuestro procedimiento de *habeas corpus*.

Al amparo de esta normativa, y trasladándola a nuestro ordenamiento jurídico y al análisis de la constitucionalidad del artículo 20 del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana varias conclusiones han de poder ser, igualmente, extraídas.

En primer lugar, que no necesariamente ha de ser la autoridad judicial la que acuerde la restricción o privación de la libertad cualquiera que sea la causa que la motive; a tal efecto la Administración puede acordarla bastando la existencia de un determinado control judicial. Dicho control, en el caso de restricciones distintas a las de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podrá ser bien inconcreto y sin limitación temporal, esto es, desde el primer momento de la privación de libertad y hasta su finalización a través del procedimiento de *habeas corpus*; o bien concreto y a partir de un momento dado, tal y como sucede en el transcurso de setenta y dos horas desde la detención de acuerdo con lo establecido por el artículo 26 de la Ley de Extranjería.

Cualquiera de estos controles es suficiente, sin que sea necesario que la Ley establezca un control concreto antes de las setenta y dos horas ni tan

siquiera con posterioridad a este plazo, dado que el Tribunal Constitucional ha afirmado que, en tales casos, tenga la detención la naturaleza que sea y, por imperativo del artículo 17.2 de la CE, la persona detenida debe ser puesta a disposición judicial (STC 115/1987, de 7 de julio).

El proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana en este punto estaría perfectamente acomodado al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al artículo 17 de nuestra Constitución. Se trata de identificarse de una obligación impuesta por la ley y, por tanto, justificativa de una restricción de la libertad (art. 5,1-b Convenio Europeo); el procedimiento de *habeas corpus* será el medio de control judicial a disposición de toda persona que se sujete al artículo 20 del Proyecto desde el primer momento y sin limitación alguna.

El Derecho comparado

La diferencia de este argumento en relación con los anteriormente barajados reside en la inaplicabilidad directa a nuestro ordenamiento jurídico positivo de las normas vigentes en otros países. Ello no obstante, y aunque el Derecho comparado no sea un criterio que debe incidir en la política legislativa propia de cada Estado, sí es un elemento a tener en cuenta a los efectos de valorar si una norma es ajena o coincidente con los postulados que comúnmente son prioritarios en el entorno político y cultural en que un país se mueve. En este sentido, de hallar regulaciones similares en los Códigos europeos a la propuesta por el Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana no cabe duda de que esta última podrá admitirse o rechazarse según la opinión particular de quien efectúe la crítica, pero en ningún caso serán posibles calificativos extremos que aúnen el Proyecto comentado a escalas de valores políticas diferentes al Estado de Derecho.

Por razones de espacio, la exposición que sigue se va a limitar sólo a cuatro países (Francia, Italia, Portugal y la RFA), ya que abarcar más sería una labor en exceso farragosa, contrayéndose, además, a una somera indicación de los rasgos más generales de las regulaciones positivas de dichos países en relación con el tema que nos ocupa.

Un rasgo existe en común en todas ellas, y éste es la existencia de figuras similares a la del artículo 20 del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana, si bien los matices, contenidos, requisitos y ejecución suelen variar aunque no siempre esencialmente.

Francia

El artículo 78 del CPP francés establece la detención para identificación de una manera muy parecida a la propuesta por nuestro Proyecto.

La policía, de propia autoridad, puede interceptar a un ciudadano (sobre el que no se exige que recaiga sospecha delictiva alguna) a los efectos de controlar su identidad con el fin de prevenir atentados contra el orden público o la seguridad de personas o bienes de las mismas.

De una somera lectura del precepto se extrae sin duda alguna la conclusión de la no preordenación de esta detención a proceso penal alguno posterior, y ello no sólo por no ser requisito para su adopción la concurrencia de indicios o sospechas de la comisión de un delito, sino también por no tener como fin la investigación o prevención de un ilícito penal concreto o específico.

Interceptada la persona a la que se solicita su identificación, y para el caso de que ésta no pueda justificar su identidad, y siempre que ello sea necesario (excepcionalidad), podrá ser la misma retenida en el lugar en que se ha llevado a cabo la detención o conducida a un establecimiento policial para la verificación o comprobación de dicha identidad.

Todo detenido en las dependencias policiales a estos efectos de identificación tiene derecho a que se notifique su privación de libertad al Procurador de la República, un familiar u otra persona por él designada.

De la detención se levanta la oportuna acta en la que se hacen constar los motivos justificativos de la verificación de identidad, la efectiva información de los derechos que le asisten, así como el tiempo utilizado en la realización de las gestiones de verificación de la identidad. Este acta ha de ser firmada por el detenido y, en caso de negativa, deben indicarse los motivos por los cuales se opone a la mencionada firma.

Todo acta que se levante con ocasión de las presentes diligencias debe ser remitida al Procurador de la República a los efectos penales oportunos.

No es posible el archivo de las actuaciones llevadas a cabo con el fin de verificación de la identidad, por lo cual, y para evitar la constancia de antecedentes policiales paralelos, deben destruirse en el plazo máximo de seis meses desde su terminación.

Italia

El artículo 11 del d.l. de 21 de marzo de 1978, Ley de 18 de mayo de 1978, estableció una figura de detención para identificación muy similar a la

francesa y a la proyectada española. Sus rasgos más característicos son los siguientes:

Los oficiales o agentes de policía (no se requiere orden judicial) pueden requerir a cualquiera para que se identifique, sin que sea necesario que concurra sospecha delictiva alguna.

En caso de negativa a identificarse o cuando existan indicios suficientes para estimar falsas dichas declaraciones o los documentos de identidad exhibidos, podrá la policía conducir a las personas que incurran en tales supuestos a dependencias policiales a los solos efectos de la identificación y nunca por un plazo superior al de veinticuatro horas.

Se levanta acta de dicha actuación y se remite al Procurador de la República con indicación de la hora en que se ha llevado a cabo. El Procurador de la República puede ordenar la puesta en libertad si estima que no concurren las condiciones previstas en la norma habilitante.

Igualmente se notificará al Procurador de la República la puesta en libertad y la hora en que ello ha tenido lugar.

Los rasgos esenciales de esta medida pueden resumirse en los siguientes: ordenación administrativa; fundamento no penal dada la no exigencia de sospecha delictiva en el detenido; excepcionalidad habida cuenta de que tiene lugar sólo ante la negativa a identificarse o la duda sobre la veracidad de la identidad proporcionada; la preordenación de la detención a los solos fines de la identificación, no los de investigación de no concreto delito; el tiempo máximo de duración que se establece en veinticuatro horas; el control de tales actuaciones por parte del Procurador de la República.

Portugal

El artículo 250 del CPP portugués regula una medida de detención a los efectos de identificación que se encuentra a caballo entre las antes expuestas y la detención por causa de concurrencia de indicios de delito.

Autoriza este precepto a la policía a identificar, en general, a todas aquellas personas que se encuentren en lugares abiertos al público habitualmente frecuentados por delincuentes. No obstante, sólo permite la conducción a dependencias policiales a los efectos de identificación de los sospechosos.

A partir de esta regulación se podría afirmar que únicamente quien es objeto de indicios de delito puede ser conducido a Comisaría con el fin de proceder a su identificación personal, de modo que resultaría la detención

para identificación una suerte de “retención policial” habida cuenta de que el sospechoso, como imputado que es, no debe ser detenido con un régimen especial y limitado, sino en la forma más garantista de la detención cautelar penal.

De ser ello así, no cabe duda de que el legislador portugués ha consagrado una suerte de “retención policial”.

En este sentido, el artículo 250 CPP autoriza a la policía a detener a un sospechoso a los efectos de su identificación y por un plazo máximo de seis horas, pero, a su vez, autoriza a la policía a interrogarlo sobre un delito determinado, y todo ello sin perjuicio de sus derechos como imputado.

A su vez, los artículos 191 y ss. del CPP excluyen esta detención a efectos de identificación —en la cual, no se olvide, es posible interrogar a un imputado e investigar un delito—, de las medidas cautelares penales propias del proceso punitivo.

Evidentemente, esta regulación no se entiende. Si recae sospecha frente a una persona lo que de común se debe llevar a cabo es su detención como imputado, con todos sus derechos constitucionales y desde un primer momento. Carece de sentido detener a un imputado a efectos de identificarlo —pues basta para la imputación la mera determinación de la persona—, y menos aún en este trámite interrogarlo acerca de un hecho delictivo.

En definitiva, lo que puede parecer una garantía se convierte en todo lo contrario y, más en concreto, en una restricción peligrosa de los derechos de autodefensa y defensa formal que asisten a todo ciudadano frente al que existe una *notitia criminis*. Se trata, en resumen, de la legitimidad de la “retención policial”.

Republica Federal Alemana

El párrafo 136, b), de la StPO alemana regula una figura compleja, mixta entre la francesa y la italiana y con matices de la portuguesa si bien un tanto más clara.

En este sentido autoriza este precepto la detención y conducción a una dependencia policial a los meros efectos de identificación en dos casos: uno, el de los sospechosos de un hecho punible; otro, el de no sospechosos pero con el fin de esclarecer un hecho punible determinado.

Las diligencias que se lleven a cabo no pueden extenderse en el tiempo por más de doce horas, gozando los detenidos del derecho de avisar a un

familiar o persona de confianza, a excepción hecha de los sospechosos a los que se niegan estas últimas prescripciones.

Detenida la persona a estos efectos será conducida ante la autoridad judicial con el fin de que ésta resuelva acerca de la situación a excepción de que tal conducción se presuma ha de extenderse en el tiempo más que la propia de la identificación. De ser ello así, no será necesaria la puesta a disposición judicial.

Por último, las actas levantadas con ocasión de estas actuaciones serán destruidas salvo en el caso de los sospechosos.

Poco hay que decir respecto de la detención de sospechosos para identificación (retención policial) ya que la crítica fue efectuada al referirnos a la legislación portuguesa.

La limitación de la función de la detención para identificación de no sospechosos al esclarecimiento de un hecho punible sí es interesante y supone una opción legislativa legítima y más restrictiva que la prevista por las legislaciones francesa e italiana, así como por el Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana español. Sin embargo, y si se profundiza en el precepto se verá lo reducido del ámbito de operatividad de la norma, ya que queda reservada exclusivamente a testigos de un hecho punible dado que todo imputado o coimputado lo habrá de ser a través del cauce de la detención de sospechosos.

A nuestro juicio, lo interesante de esta norma es la identificación de testigos, importantes o esenciales en un asunto concreto, y que son renuentes a la hora de comparecer ante la autoridad de investigación penal por las más diversas causas, frustrando el esclarecimiento de hechos penales de cierta trascendencia. No cabe duda de que un testigo ocular que se niega a proporcionar sus datos de identidad o los ofrece sin veracidad, posteriormente no podrá ser citado a efectos del cumplimiento de su obligación de testificar.

Conclusiones

A partir de todos los argumentos expuestos a lo largo de este breve trabajo se pueden efectuar, de manera igualmente sintética, varias conclusiones.

En primer lugar, que la sentencia del Tribunal Constitucional 98/1986, de 10 de julio, no debe interpretarse en el sentido de estimar inconstitucionales todas aquellas medidas restrictivas o limitativas de la libertad distintas a las previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De no ser así qué duda

cabe de la inconstitucionalidad de todas las medidas de este tipo a las que se ha hecho referencia anteriormente, lo cual no parece muy acertado.

Es posible, pues, limitar la libertad, y ello no se opone al artículo 17 de la Constitución, por otras causas distintas a la sospecha de comisión de un delito si así lo establece la ley y siempre, claro está, que gocen de un fundamento que se pueda reputar no contrario al Estado de Derecho.

En estos casos será cada ley en particular la que determine los motivos justificativos y habilitantes de la medida siendo de aplicación las garantías inherentes al artículo 17 de la Constitución con incidencia en la generalidad de los supuestos, esto es, la excepcionalidad de la privación o restricción de la libertad, la duración máxima nunca superior a setenta y dos horas, si bien debe ser más reducida según el tipo de fundamento de cada situación y, el oportuno control judicial concreto o abstracto, representado este último por el procedimiento de *habeas corpus*.

En segundo lugar, no es posible, a nuestro juicio, estimar inconstitucional el artículo 20 del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana. Es cierto que legitima la detención sin concurrencia de sospecha delictiva en la persona del detenido; sin embargo, ello es posible de acuerdo con la Constitución vigente y la interpretación que del artículo 17 ha realizado nuestro Tribunal Constitucional que no puede ir contra sus propios actos e incurrir en contradicción como sucedería de pretender justificar la inconstitucionalidad del precepto comentado.

No se trata de una detención cautelar penal, por lo que tampoco su régimen de ejecución ha de coincidir con aquella medida. Ni se ha de incoar un proceso penal, ni se ha de ejercitar el derecho de defensa frente a una imputación aquí inexistente. Basta, pues, con un control judicial constituido por el procedimiento de *habeas corpus*, con las garantías a que hace referencia el párrafo tercero del artículo 20 en lo relativo al Libro-Registro, y con la información que se previene al Ministerio Fiscal de todas aquellas actuaciones que se lleven a cabo al amparo de este precepto.

No cabe duda, tampoco, del respeto al principio de excepcionalidad presente en la norma. En primer lugar, por el carácter subsidiario del traslado a las dependencias policiales (sólo de no lograrse la identificación en el lugar de los hechos); en segundo lugar, por la limitación del plazo de duración al imprescindible para la realización de las diligencias (aunque aquí hubiera sido positivo el señalamiento de un plazo máximo y alguna excepción para los casos de mayor dificultad, verbigracia verificar la detención en lugares apartados de los núcleos urbanos); y, en tercer lugar, por la limitación de la detención al cumplimiento de los solos fines de identificación.

No obstante, los sucesivos cambios en la redacción que se han ido operando desde la presentación del Proyecto por el Gobierno, y hasta su reciente aprobación por el Senado, si bien han supuesto en general un perfeccionamiento de la norma, resultan preocupantes en lo tocante a los motivos justificativos de la detención y traslado a las dependencias policiales.

La originaria redacción separaba, a nuestro juicio correctamente, esta medida de cualquier otra con trascendencia en la investigación penal. Con ello se conseguía que ante la concurrencia de cualquier indicio de delito la medida a adoptar habría de ser la detención de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No era posible confusión conceptual alguna y se imposibilitaba la retención policial o detención encubierta o, lo que es lo mismo, una detención sin el cumplimiento de las garantías constitucionales y materiales que asisten a todo detenido.

La nueva redacción dada a la norma, al supeditar la detención para identificación a la evitación de la comisión de un delito o falta, entre otras cosas, introduce factores de riesgo que podrían desembocar en una utilización por parte de la policía incorrecta y más próxima a la “retención policial”.

Ello se debe a varios motivos. Uno, la introducción de un criterio excesivamente genérico —la evitación de la comisión de un delito—, que obliga a determinar en qué supuestos se produce este evento; no parece que en ninguna de las fases de ejecución del delito, ni tan siquiera de su preparación, por constituir en sí mismas conductas punibles, de manera que estamos ante una valoración subjetiva de la autoridad administrativa que a ningún resultado ha de conducir. Otro, que tal valoración parece contraria —si se sitúa fuera de las fases de preparación y ejecución del delito— al derecho fundamental a la presunción de inocencia debido a que los factores a tener en cuenta habrán de ser intuitivos o con base en la apariencia externa del sujeto.

En definitiva, no se podía hacer referencia —como hace la legislación portuguesa— a la sospecha delictiva, ya que sería tanto como justificar la “retención” y menoscabar los derechos que asisten a cualquier detenido imputado, pero ello no obstante, y tal vez por presiones políticas, que no jurídicas, se acude a un criterio “penal” excesivamente genérico y como tal sin contenido específico alguno, el cual, de utilizarse incorrectamente, podría encubrir “retenciones policiales”.

Reflexiones críticas

Alguna consideración crítica cabe efectuar al artículo 20 del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana en aspectos que, a nuestro juicio, necesitarían

de una mayor profundización y que ya hemos tenido ocasión de exponer en ocasiones anteriores:

Primera.—Que si bien ha quedado correctamente diseñada la excepcionalidad que rodea o inspira esta medida restrictiva de la libertad, así como el oportuno control judicial y del Ministerio Fiscal, hubiera sido conveniente favorecer o posibilitar al detenido el ejercicio de su derecho a acudir al Juez de Instrucción. Ello hubiera sucedido de establecer el Proyecto un catálogo de derechos en lo relativo a las personas o instituciones a las que el detenido tendría la posibilidad de comunicar su privación de libertad y que podían coincidir con las legitimadas para interponer la demanda de *habeas corpus*. Debiera el detenido ser informado de su derecho a comunicarse con el Ministerio Fiscal o con persona de su familia o de su confianza (aunque esta última no pueda iniciar el procedimiento de *habeas corpus*). Con esta medida se favorecería el control judicial habida cuenta el desconocimiento posible de los sometidos a detención, así como el derecho a la tranquilidad familiar que puede ponerse en entredicho ante la desaparición de uno de los miembros de la familia aunque lo sea por un corto espacio de tiempo.

Segunda.—Debiera el Proyecto, siguiendo el ejemplo de los Códigos europeos arriba citados, haber establecido la necesaria destrucción de los materiales confeccionados al amparo de las presentes diligencias, y ello para evitar la creación de antecedentes policiales paralelos en una materia sin relevancia penal alguna.

Tercera.—El Ministerio del Interior, y a los efectos de la aplicación correcta de la Ley en caso de su aprobación, ha de dictar las oportunas circulares internas con el objeto de que los agentes de policía utilicen la presente medida en el marco concreto permitido por la ley. Así, se debe incidir en que el supuesto de hecho habilitador de la detención no es el no portar el D.N.I., sino el no identificarse por cualquier medio; igualmente, ha de insistirse en el carácter excepcional del traslado del sujeto a las dependencias policiales, de modo que la identificación ha de llevarse a cabo, de ser posible, en el lugar de los hechos y sólo ante la imposibilidad material proceder al traslado del sujeto a dependencias que cuenten con los medios adecuados; por último, que la detención es a los solos efectos de la identificación, de manera que no es procedente someter al detenido a otra diligencia ni interrogatorio que difiera del mencionado de identificación.

De no cumplirse esta última prescripción se corre el riesgo de crear otra medida distinta a la proyectada, la cual sí podría resultar inconstitucional.